

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CIVIL**Magistrado Ponente: CARLOS ALBERTO ROMERO SÁNCHEZ**

Santiago de Cali, treinta de agosto de dos mil dieciséis.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Civil de Decisión, según acta No. 067 de la fecha.

Proceso: Acción de tutela
Accionante: Milciades Eduardo Rojas Moreno
Accionado: Procuraduría General de la Nación
Radicación: 76001-22-03-000-2016-00629-00

Procede la Sala a resolver, en primera instancia, sobre la acción de tutela impetrada por Milciades Eduardo Rojas Moreno en contra de la Procuraduría General de la Nación, y la vinculada Colpensiones, en procura del amparo a sus derechos a la vida, dignidad humana, trabajo, familia, mínimo vital y estabilidad laboral reforzada.

ANTECEDENTES

1.- Alegando la vulneración de los citados derechos, solicitó el actor que se ordene a la Procuraduría General de la Nación "[abstenerse] de removerlo de su cargo, hasta tanto se cumplan los períodos de incapacidad médica que pueden ir hasta los 180 días, [se le reconozca] la pensión por enfermedad o por vejez, [y se produzca] su inclusión en nómina".

Relató que actualmente se encuentra desempeñando el cargo de Procurador 309 Judicial I para asuntos penales de esta ciudad, y que ha estado vinculado a la entidad en varios cargos desde el 1° de noviembre de 1985.

Precisó que fue expedida la lista de elegibles correspondiente a la Convocatoria No. 011 de 2015, adelantada para proveer su cargo en propiedad (y en la cual no superó el examen de conocimientos), aproximándose los nombramientos de rigor. Agregó que aunque considera que es beneficiario del régimen de transición, Colpensiones le negó la pensión por vejez, debido a que cumplió sus 55 años después del 31 de diciembre de 2014, por lo que iniciará la respectiva acción contenciosa administrativa.

Precisó que padece de enfermedad cancerosa (Mieloma múltiple), por la cual recibe tratamiento médico y se encuentra incapacitado, situación que puso en conocimiento del nivel central, pero que este no tuvo en cuenta, respondiendo que se harían efectivas las listas de elegibles. Por lo demás, manifestó que es la única persona que vela por el sustento económico para su familia (conformada por su esposa, hijas –sin empleo- y nieta), y que no posee ingresos adicionales.

2.- Notificada de la acción, la Procuraduría General de la Nación señaló que el proceso de selección fue adelantado en cumplimiento de lo ordenado en sentencia C- 101 de 2013 (en la cual no se estableció excepción alguna), y que la lista de elegibles para el cargo de Procurador Judicial Grado I para asuntos penales (Resolución 340 de 8 de julio de 2016), está integrada por "198 concursantes frente a 149 cargos ofertados", nombramientos que ya fueron realizados.

Señaló que "en caso de tensión de derechos del [elegible] frente [al funcionario provisional], aun se encuentre en especial situación de protección, siempre prevalecen los derechos del primero", y que "las medidas afirmativas de protección, [proceden] siempre que resulte posible o se tenga algún margen de maniobra", lo que no sucede en este caso, dado el número de elegibles mayor al de empleos ofertados.

Acotó que el actor no es cabeza de familia ni puede calificarse de prepensionado, pues tiene 56 años, y le fue negada la pensión de vejez por ser inaplicable el régimen de transición, debiendo esperar hasta los 62 años. Agregó que el padecimiento del actor es de origen común y no le genera una limitación de rango superior al 25%.

Así mismo, hizo alusión a la falta de inmediatez y subsidiariedad de la acción, precisando que no existe perjuicio irremediable, en tanto el actor es un profesional del derecho que no se queda sin alternativa económica, y acotó que respondió las solicitudes que le fueron presentadas.

3.- Colpensiones manifestó que resolvió la solicitud de pensión de vejez, así como los recursos de reposición y apelación propuestos por el accionante, efectuando un debido estudio de su caso; añadió que el tema de incapacidades corresponde a la EPS, toda vez que son menores a 180 días, y se refirió a la subsidiariedad de la acción, así como a su falta de legitimación en lo atinente al relevo del cargo.

4.- María Inés Muriel Puerto, vinculada en su condición de funcionaria nombrada en propiedad en el cargo que ostenta el actor, advirtió que tiene un derecho adquirido y que fue notificada de su nombramiento, por lo cual "legal y constitucionalmente no puede [verse] afectada", máxime cuando solicitó la terminación anticipada de sus contratos con la Defensoría del Pueblo y la Universidad San Buenaventura de Cali. Preciso que si bien estos casos ameritan medidas de protección, ello debe hacerse sin limitar derechos del servidor en carrera.

5.- Fabio Andrés Zuluaga Giraldo, nombrado en propiedad en la ciudad de Medellín, intervino para coadyuvar las solicitudes de la referida vinculada, para lo cual se apoyó en la jurisprudencia patria que consideró relevante.

CONSIDERACIONES

1.- Como es sabido la acción de tutela es un mecanismo establecido para la garantía y protección inmediata de los derechos fundamentales que se vean amenazados o vulnerados por la actuación u omisión de una entidad pública o de los particulares, y que ostenta el carácter de subsidiario y especial, por lo que se torna improcedente frente a la existencia de medios alternativos de defensa.

Por ello, claro resulta que el debate propuesto por el accionante, puede ser planteado a través de las acciones contenciosas existentes en nuestro ordenamiento jurídico, y ante los jueces encargados de resolver sobre controversias de tipo laboral (relevo del cargo), como aquella que nos ocupa. Sin embargo, por excepción, se admite la procedencia de la acción de tutela, cuando los referidos mecanismos no resultan eficaces para la protección de los derechos en contienda, y cuando el asunto tiene que ver con el derecho a la estabilidad laboral reforzada del interesado.

Al respecto, *mutatis mutandis* la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela es viable como "mecanismo procesal supletorio de los mecanismos ordinarios, frente a la inidoneidad e ineficacia de los mecanismos ordinarios de protección. (...) Dentro del ordenamiento jurídico, los trabajadores tienen acceso a acciones judiciales específicas, cuya competencia se atribuye a la jurisdicción laboral y a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, esta Corporación sostiene que en casos excepcionales, como los de las personas en estado de debilidad manifiesta o aquellos frente a los cuales la Constitución otorga una estabilidad laboral reforzada, se impone al juez de tutela conceder la acción de amparo para obtener el reintegro del trabajador despedido."¹

¹ Corte Constitucional. Sentencia T - 667 de 2009.

Y en relación con el concepto de estabilidad laboral reforzada se tiene dicho que "dentro del marco de protección está claro que las autoridades no sólo están en la obligación de abstenerse de realizar conductas discriminatorias, sino que además deben propender por la realización de acciones afirmativas dirigidas a las personas en estado de vulnerabilidad, como es el caso de aquellas personas discapacitadas. (...) Es así que dentro de este marco de protección, las personas en esta condición tienen una estabilidad laboral reforzada, la cual pretende garantizar la permanencia en el empleo de quienes tienen alguna limitación. (...) En suma, la estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad, es una garantía constitucional otorgada a quienes dada su situación física, psíquica y sensorial, se encuentran en estado de vulnerabilidad".²

2.- Bajo la óptica de las anteriores premisas, evidencia la Sala que debe concederse la tutela deprecada (aunque no en los precisos términos solicitados por el accionante), pues además de que los mecanismos alternos de defensa no lucen eficientes ante el estado de salud del accionante³, lo cierto es que en virtud del mismo, este goza del derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Pues bien, surge evidente de las pruebas arrimadas al plenario que el señor Milciades Eduardo Rojas Moreno, padece de Mieloma Múltiple⁴ (Fl. 9) y Neuropatía Sensitiva (Fl. 8), en razón de los cuales se encuentra en tratamiento de poliquimioterapia de alto riesgo Cybor D (Ciclo 3)⁵ y se le han expedido sendas incapacidades que se extienden por ahora hasta el 5 de septiembre de 2016.

Ante tales circunstancias médicas, resulta posible afirmar que aunque el actor no demostró su condición de padre cabeza de familia, y que le fue negada su pensión de vejez por no haber llegado a la edad

² Corte Constitucional. Sentencia T - 081 de 2011.

³ Al respecto, ver sentencia T- 605 de 2013.

⁴ Tipo de cáncer de la médula ósea, en el que existe una proliferación anormal de células plasmáticas. https://es.wikipedia.org/wiki/Mieloma_m%C3%BAltiple.

⁵ Folio 48.

requerida⁶, lo cierto es que atraviesa un estado de vulnerabilidad tal que impone otorgarle una protección laboral reforzada⁷, habida cuenta que no sólo padece una enfermedad de aquellas denominadas catastróficas (cáncer) sino que en este momento se encuentra incapacitado por encontrarse en medio de un tratamiento médico, que según su historia clínica debe continuar por ciclos hasta consolidarse con el trasplante de su médula ósea (tejido afectado con la enfermedad), al cual le siguen tres ciclos de quimioterapia (Fl. 48).

3.- Por supuesto, no pasa desapercibido para el Tribunal que el accionante se encuentra vinculado a un cargo ofertado en concurso de méritos y que su eventual desvinculación no va a producirse por discriminación en razón de su enfermedad, sino por una cuestión de carácter objetivo, cual es la designación en propiedad de quien ganó el concurso para el respectivo cargo, esto es, la señora María Inés Muriel Puerto (Fl. 109), cuyos derechos tampoco pueden desconocerse, pero entran en tensión con aquellos en cabeza del accionante.

Frente a estas situaciones, como tuvieron oportunidad de señalarlo la entidad accionada y los vinculados, la jurisprudencia patria ha sentado una línea conforme a la cual "(...) los servidores públicos llamados a ejercer funciones administrativas –por ejemplo, proveer los cargos de carrera en sus respectivas instituciones– deben prestar cuidadosa atención a las características específicas y particulares de cada caso individual, en forma tal que cuando se hayan de adoptar decisiones susceptibles de afectar los derechos fundamentales

⁶ Cuestión que por voluntad del accionante, será debatida ante el juez contencioso competente, conforme se manifestó en el escrito tutelar. (Fl. 2).

⁷ Debiéndose recordar que "para la Corte, están amparados por la protección prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no solamente aquellas personas que tienen la condición de discapacitados, de acuerdo con la calificación efectuada por los organismos competentes, sino también, quienes se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, ya sea por acaecimiento de un evento que afecta su salud, o de una limitación física, sin importar si ésta tiene el carácter de accidente, enfermedad profesional o enfermedad común, ni si es de carácter transitorio o permanente. No obstante lo anterior, aun cuando la situación de los trabajadores calificados como discapacitados es distinta a la de aquellos que padecen una afectación significativa de su salud pero aún no han sido objeto de calificación por los organismos establecidos para el efecto, la Corte ha sostenido que en ambos casos existen razones que justifican la existencia de una especial protección laboral". Sentencia T – 019 de 2011.

se evite incurrir en discriminación, y se garantice la provisión de un trato diferenciado a quien por sus circunstancias particulares y sus derechos individuales así lo amerita legítimamente. (...) Lo anterior implica, en lo que resulta relevante para el caso bajo examen, que cuando una autoridad administrativa tiene a su disposición diversas alternativas para dar cumplimiento a sus deberes y obligaciones, debe optar por aquella que mejor materialice los derechos, valores y principios constitucionales, y que en menor grado afecte los derechos fundamentales, especialmente si afecta a sujetos de especial protección constitucional"⁸

Igualmente, la jurisprudencia patria ha señalado que "cuando se trata de un funcionario que ejerce su función en provisionalidad y además está en condiciones de debilidad manifiesta, de conformidad con lo ya expuesto requiere el respeto de su derecho a la estabilidad laboral reforzada, sin desconocer la posición de quien accedió al cargo por aprobar el respectivo concurso de méritos. (...) La Corte ha precisado algunas medidas tendientes a no desconocer los derechos de quienes se encuentran en las condiciones de vulnerabilidad que implican una especial protección. Así en la sentencia de unificación SU 446 de 2011, [se expresó que] (...) "la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: (...) iii) las personas en situación de discapacidad". La Sentencia transcrita, pone de presente que si bien existe discrecionalidad de la entidad en cuanto al registro de elegibles, también debió proteger las personas que se consideran en indefensión, por lo menos para ofrecerles una protección distinta en relación con su situación. (...) "⁹

De esta manera, se tiene que en circunstancias como las que nos convoca, el juez de tutela sí puede y debe propender porque se adelanten las gestiones afirmativas necesarias frente al caso del funcionario en condiciones de vulnerabilidad, pero eso sí, sin que se perjudiquen los derechos del funcionario en carrera. En ese orden, surge claro que no es posible impedir el nombramiento y posesión de la persona vinculada al cargo en propiedad, y que al tiempo debe

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T- 326 de 2014.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T- 605 de 2013.

adoptarse una medida en favor del accionante, quien se itera, se encuentra en estado de vulnerabilidad por su condición de salud.

Pues bien, contrario a lo afirmado por la Procuraduría General de la Nación, se establece que, aun cuando formalmente es mayor el número de elegibles al de cargos ofertados¹⁰, sí existen medidas afirmativas encaminadas a la protección de derechos del accionante que pueden desarrollarse sin afectar los derechos de la funcionaria en carrera, como son la posibilidad de designar al interesado –siempre que no se encuentre incapacitado para laborar- en cualquier cargo de iguales condiciones que deba suplirse en forma provisional, por ejemplo, por la solicitud de licencia por parte del titular o por la falta de aceptación de alguno de los elegibles.

Igualmente, siguiendo las pautas fijadas por el precedente judicial en casos como el presente¹¹, en caso de no resultar posible la vinculación a un cargo en provisionalidad, para atender los derechos en cabeza del accionante y dado que el mismo se encuentra incapacitado, resulta procedente que la entidad continúe efectuando los aportes a salud y pensión correspondientes, a fin de que el mismo pueda percibir los ingresos que por su incapacidad debe reconocerle el Sistema de Seguridad Social en Salud y eventualmente logre ser beneficiario de una pensión de invalidez.

4.- Por ello, se ordenará a la Procuraduría General de la Nación, designar al accionante –en provisionalidad- en un cargo de iguales condiciones al que viene ostentando, siempre que se presente la vacante y el mismo no se encuentre incapacitado para laborar. Así mismo, se le ordenará, que en caso de que el nombramiento en provisionalidad no sea posible, adelante las diligencias necesarias

¹⁰ Folio 7.

¹¹ Al respecto, pueden revisarse las sentencias T-613 de 2011, T-462 de 2011 y T-605 de 2013.

para mantener al accionante afiliado a seguridad social (salud y pensión), mientras el mismo se encuentre en tratamiento médico y hasta que le sea reconocida la pensión de invalidez, de ser el caso.

Por supuesto, lo anterior no podrá usarse como argumento para dejar de posesionar a la señora Muriel Puerto, en propiedad, en el cargo para el cual fue designada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

1.- CONCEDER la tutela incoada en protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada del accionante.

En consecuencia, se ordena a la Procuraduría General de la Nación, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la fecha en que se posesione a la funcionaria de carrera en el cargo de Procurador 309 Judicial I para Asuntos Penales de esta ciudad, ocupado por el petente, previo el estudio correspondiente, proceda a designar al accionante (en provisionalidad) en un cargo de iguales condiciones al que viene ostentando, siempre que se presente la vacante y el mismo no se encuentre incapacitado para laborar, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Igualmente, en caso de no ser posible el nombramiento en provisionalidad, se le ordena en el mismo término proceder con el adelantamiento de las diligencias necesarias para mantener al

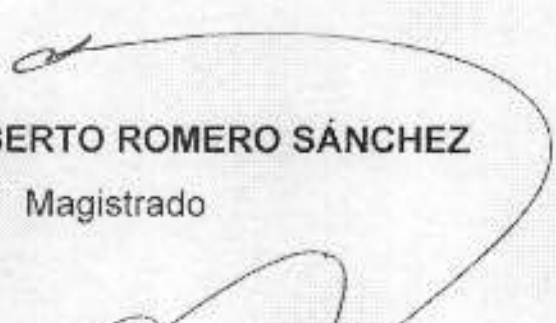
accionante afiliado a seguridad social (salud y pensión), mientras el mismo se encuentre en tratamiento médico y hasta que le sea reconocida la pensión de invalidez, de ser el caso.

2.- **LEVÁNTESE** la medida provisional proferida dentro de este asunto.

3.- Notifíquese esta decisión a las partes por el medio más expedito.

4.- En firme, remítase la actuación a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE,



CARLOS ALBERTO ROMERO SÁNCHEZ

Magistrado



CÉSAR EVARISTO LÉON VERGARA

Magistrado



HOMERO MORA INSUASTY

Magistrado